



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Desconocimiento del principio de razonabilidad y proporcionalidad en la pena prevista en el artículo 188C de la Ley 1453 de 2011.¹

Karen Alexa Rubiano Mora²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

Al hacer un análisis del tipo penal descrito en el artículo 188C de la Ley 1453 de 2011, en el cual se imponen penas que van desde los 30 hasta los 90 años en el caso de que concurran las circunstancias de agravación punitiva, lo que termina en cierta medida siendo una cadena perpetua se logra evidenciar una presunta vulneración de principios del derecho penal. Lo anterior, se presenta como resultado del fenómeno de populismo punitivo que ha permeado la legislación penal en Colombia. En virtud de lo anterior, es necesario realizar un análisis de los aspectos mencionados teniendo en cuenta que el aumento de penas y el tratamiento exclusivamente desde el aspecto punitivo para el juzgamiento de las organizaciones delictivas no es una solución a largo plazo para disminuir la conformación de estas.

Palabras clave: Colombia, Sistema Penal, Principio de Proporcionalidad, Principio de Necesidad, Penas, Sanciones, Derechos Humanos.

Abstract

When making a criminal analysis is described in article 188C of Law 1453 of 2011, which imposes penalties ranging from 30 to 90 years in the case of concurring the circumstances of the punitive aggravation, that ends in A certain measure is a life sentence. It is about evidencing an alleged vulnerability of principles of criminal law. The foregoing is presented because of the phenomenon of punitive populism that has allowed criminal legislation in Colombia. It is necessary to carry out an analysis of the aspects considered that the increase in penalties and treatment has been reduced in the sense of punishment for the judging of criminal organizations is not a long-term solution to diminish the conformation of these.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Ricardo Calvete Merchán docente de la facultad de Derecho, 2019.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas y en proceso de grado de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil N°2109117. Contacto: karubiano17@ucatolica.edu.co

Keywords: Colombia, Criminal System, Principle of Proportionality, Principle of Necessity, Penalties, Sanctions, Human Rights.

Sumario

Introducción. 1. Las Finalidades de la Pena. 1.1 Teoría Absoluta o Retribucionista. 1.2 Teoría Relativa o prevencionismo. 1.3 Teoría Ecléctica. 2. Principio de Razonabilidad, Necesidad y Proporcionalidad en el derecho penal. 2.1 Principio de Razonabilidad. 2.2 Principio de proporcionalidad. 3. Tipo penal descrito artículo 188 C Código penal colombiano adicionado por la Ley 1453 de 2011. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El derecho penal no solo busca castigar e imponer una sanción a quien realice una conducta punible, la evolución de este derecho hoy en día permite que se planteen alternativas que permitan una rehabilitación y resocialización de los internos de manera que sea fácil para ellos su proceso de reintegración a la sociedad en el momento en que recobren su libertad.

No obstante, en algunos Estados ha proliferado un fenómeno de populismo punitivo en el cual para satisfacer las exigencias sociales y mediáticas se crean nuevos tipos penales, se aumenta las penas y se afectan de manera notoria los derechos que tienen las personas privadas de la libertad (Gómez et al, 2015).

Es necesario resaltar que en Colombia la Constitución de 1991 prohibió las penas crueles, inhumanas y que degraden al ser humano, sin embargo, como lo indican Ramírez, Alanís & Parra (2016) dicha aplicación no se da en su totalidad si se tiene en cuenta la situación de los reclusos en las cárceles colombianas, que en definitiva supone casos de hacinamiento y vulneración de derechos.

No obstante, actualmente la realidad es otra, que la política criminal que se ha desplegado en los últimos años por parte del Estado se ha fundamentado en el aumento de penas, incluso vulnerando los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, esto encaminado a la satisfacción de la sociedad y su percepción de seguridad (Velandia, 2014).

En este contexto es relevante desarrollar un análisis de la pena consagrada en el tipo penal descrito en el artículo 188 C de la Ley 1908 de 2018 que contempla penas de 30 a 90 años

en el caso de que concurran las circunstancias de agravación punitiva para identificar la finalidad de esta y hacer un análisis que determine si se ajusta la misma a los principios de razonabilidad y necesidad.

En armonía con los argumentos que preceden, se presenta como pregunta de investigación la siguiente: ¿Puede considerarse la pena impuesta en el artículo 188C de la Código Penal Colombiano una cadena perpetua al considerar que la pena puede llegar a 90 años? Persiguiendo como objetivo principal analizar si el legislador colombiano desconoció los principios de razonabilidad y necesidad en el artículo 188C al imponer como pena en el tipo penal descrito 40 a 90 años en el caso de que concurran las circunstancias de agravación punitiva.

El presente artículo de reflexión es desarrollado mediante la aplicación de la metodología hermenéutica que tiene como objetivo interpretativo de las normas y la jurisprudencia, a partir de lo cual se formula una serie de críticas a las mismas de acuerdo a los hallazgos evidenciados en la investigación, llevada a cabo mediante la revisión y análisis de fuentes primarias como libros, jurisprudencia, revistas académicas, y artículos de opinión (Agudelo, 2018).

1. Las Finalidades de la pena

La pena se define como la consecuencia jurídica señalada por el legislador en contra de la persona que cometa una conducta punible, dicha pena deberá tener en cuenta las disposiciones constitucionales y convencionales y así mismo debe contemplar el axioma de la necesidad de la pena (Velásquez, 2010).

Frente lo anterior la doctrina en materia penal ha esbozado varias teorías acerca del sentido o fin de la pena, que dependen en cierta medida de la concepción de cada Estado. A continuación, se hará una breve reseña de las teorías absolutas, relativas y eclécticas.

1.1 Teoría Absoluta o Retribucionista:

Como lo indica Migliardi (2009) la teoría absoluta indica que la pena es una condición indispensable para la consecución de la justicia. El pensamiento retribucionista, reconoce

que el sentido de la pena en la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena.

Así entonces, la imposición de una pena se da por una conducta que es reprochable, de modo que quien comete un tipo penal, merece la pena que el Estado por le impone como forma de castigo, por no actuar de manera correcta, de igual manera la pena se encuentra orientada a retribuir o compensar de algún modo el delito cometido

Al respecto, indica Jakobs (2007) lo siguiente:

(...) "el merecimiento de pena" va asociado a la infracción de la ley; en otras palabras, la vinculación del injusto con la pena debe deducirse "de los principios de una legislación moral" de acuerdo con la cual "todo delito...es en sí mismo punible, esto es, provoca la pérdida (al menos parcialmente) de la felicidad". El fundamento de esta idea es la idea general de la razón pura, desarrollada ya en la Crítica de la razón pura, de que tanto el merecimiento de felicidad y la felicidad como el merecimiento de la desdicha y la falta de felicidad se corresponden necesariamente (p.23).

Los máximos exponentes de esta teoría fueron Kant y Hegel, sin embargo, esta teoría ha sido blanco de críticas teniendo en cuenta el contexto histórico en el que se presentó, además el considerar que la ley es un imperativo categórico y está por encima de la comunidad, se dejan de lado pronunciamientos de derecho internacional que han venido buscando una humanización del derecho penal.

1.2 Teoría Relativa o prevencionismo:

La teoría relativa hace referencia a que el fin de la pena es la prevención de futuros delitos, es conocida también como la teoría de la prevención. Al respecto Pérez (2007) indica que los fundamentos de esta teoría se dan en torno a que la pena no debe tender a la retribución del hecho acontecido, sino a la prevención general y especial. La primera pretende disuadir a todos los ciudadanos, y la segunda que busca evitar la reincidencia de los delincuentes en la comisión del delito.

Es necesario indicar, que existen dos tipos de prevención. La primera de ellas, de acuerdo a lo expuesto por Feuerbach, que buscan una prevención intimidatoria de tipo negativo (Ríos,

2014), en el sentido de que la imposición de penas debía cumplir una función de intimidar a los ciudadanos para que no cometieran delitos en el futuro, así entonces si se observaban penas ejemplares, las mismas generarían en la sociedad cierto temor que los haría abstenerse de cometer algún delito.

Mir Puig (1986) analiza la teoría de la prevención intimidatoria de la siguiente manera:

Se llega, así, al modelo de un Derecho penal entendido al servicio de la función de prevención, aunque limitada esta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad. La fórmula, sintética como la de Estado social y democrático de Derecho y coherente con esta, pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico-penal, por una parte, y la conveniencia de someter dicha intervención preventiva a ciertos límites, derivados en parte de la consideración del individuo y no solo de la colectividad (p.50).

De igual manera el autor Wetzel desarrolla su teoría basada en la prevención del delito por medio de las penas impuestas, sin embargo, dicha prevención intimidatoria es de tipo positiva, ya que busca la protección de los bienes jurídicos, y el cumplimiento de las normas, es decir crea una conciencia jurídica colectiva, y restablece la confianza de los ciudadanos hacia el Estado (Duran, 2016)

Ahora bien, también existe la denominada teoría de la prevención especial, que argumenta que el derecho penal es una herramienta para tratar la conducta del delincuente, la pena es un medio de prevención y un medio para que se pueda llegar a la resocialización del delincuente. Fue desarrollada por Franz Von Liszt, quien especifica la finalidad de la pena para cada tipo de delincuente, esta teoría desarrolla de manera importante el concepto de resocialización del delincuente.

Como se logra explicar a continuación:

Como coacción directa, inmediata, mecánica o violencia, la pena busca inocuizar al delincuente temporal o permanentemente. Esta tendrá distintos fines dependiendo de la categoría de delincuente que estemos hablando. A saber, se reconocen tres tipos de delincuentes, con las correlativas consecuencias que les significará la pena: 1. Para el delincuente que sea capaz de corregirse, la pena buscará su corrección. 2. Para el

delincuente que no requiere corrección, la pena implicará su intimidación. 3. Para el delincuente que carezca de capacidad de corregirse, la pena simplemente consistirá en su inocuización (Muñoz, & Rodríguez, 2009, p.35).

Como puede evidenciarse esta teoría hay una evolución, ya que, si bien el fin específico de la pena sigue siendo la prevención, esta se complementa con el componente resocializador que expone Von Liszt. De igual manera otra novedad que expone esta teoría es el trato diferencial bajo el cual el fin de la pena varía de acuerdo al tipo de delincuente es novedoso.

3.3 Teoría Ecléctica:

Esta teoría plantea que el sentido de la pena es la retribución y su finalidad es la prevención, por lo tanto, acoge ciertos postulados de la teoría absoluta y otros de la teoría relativa. Esta teoría asegura que la retribución sirve como límite al ejercicio del ius puniendi estatal y por otro lado la prevención general y especial permite que se cumplan fines de resocialización y se convierte además en una herramienta de lucha contra la criminalidad (Velásquez, 2010).

Lo anterior se ha desfigurado un poco teniendo en cuenta el fenómeno de influencia de los medios de comunicación y la sociedad misma en la política punitiva de los Estados, que tienden a tomar medidas poco efectivas, como lo indica Velandia (2014) esas medidas se expiden buscando legitimación de la mayoría de los ciudadanos sobre el tratamiento punitivo que se les da a los autores de conductas delictivas.

Cabe destacar que hay una corriente abolicionista que indica que el derecho penal no resuelve los problemas de la sociedad, y debe buscarse la forma de eliminarlo, sin embargo, esta teoría no ha tenido mucha aceptación. A su vez en Colombia la constitución de 1991 se prohibió las penas crueles, inhumanas y que degraden al ser humano, aplicación que no se da en su totalidad si se tiene en cuenta la situación de los reclusos en las cárceles colombianas, que en definitiva supone casos de hacinamiento y vulneración de derechos.

A continuación, la tabla 1, logra evidenciar los modelos de uso de la prisión, los cuales necesariamente están unidos a la finalidad de la pena establecida en cada Estado.

Tabla 1. Modelos de uso de la pena de prisión.

	Abolicionismo	Intermedia 1	Intermedia 2	Punitivismo extremo
Descripción	Rechazo a la pena de prisión	Prisión con término máximo de duración, ajustado a funciones preventivas generales y especiales	Prisión con término máximo de duración, con posibilidades de imposición de sanciones permanentes, pero revisables	Aceptación de sanciones perpetuas y de la pena de muerte
Función de la pena	La prisión no tiene ningún tipo de intervención positiva en las personas que son seleccionadas por el sistema penal.	Coexistencia de función retributiva y función resocializadora. Esta última es preponderante en la fase de la ejecución de la condena.	Coexistencia de función retributiva y función resocializadora, especialmente en la fase de la ejecución de la condena	Completa preponderancia de la función retributiva.
Sujeto infractor-condenado	Elemento de un conflicto sin definición patológica	Toda persona sancionada tiene la garantía de retomar a la libertad, a través de un tratamiento resocializador	Coexistencia de definiciones de sujetos incorregibles y de sujetos susceptibles de ser resocializados	Existen sujetos incorregibles
Ejemplos	Mecanismos no penales de intervención, “soluciones horizontales a situaciones problemáticas” ² . El derecho penal es una ciencia falsa (Gualgliardo, 2012, p. 32)	Prisión con tope máximo de duración: Colombia, Ecuador.	Prisión con tope máximo de duración y prisión permanente revisable: España, Alemania.	Admisión de la prisión perpetua y de la pena de muerte. Para ambos casos: Estados Unidos, Rusia, China.

Fuente: Cita & González (2017).

Debe resaltarse que el Código penitenciario y carcelario en Colombia expone como finalidad del tratamiento penitenciario la resocialización del infractor, basado en actividades de estudio, trabajo, disciplina, cultura, deporte y recreación. Sin embargo, esto en la práctica no se cumple a cabalidad debido precisamente a la sobrepoblación carcelaria existente actualmente, que no permite resocializar al individuo; sino todo lo contrario, ya que está sometido a una privación constante de sus derechos.

Dicho lo anterior, es procedente abarcar ahora los principios del derecho penal, en esta investigación se hará especial referencia a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad y su desarrollo internacional e interno.

2. Principio de Razonabilidad, Necesidad y Proporcionalidad en el derecho penal.

Los principios en materia de derecho penal surgen de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales que analizan el ejercicio del ius puniendi por parte de los Estados. En este aspecto, debe precisarse como primer referente en materia de principios del derecho penal el Estatuto de Roma que obliga a los Estados que suscribieron y ratificaron este instrumento a ceñirse por las disposiciones que dicta la misma.

Así mismo, en el contexto colombiano el artículo 3 del Código Penal Colombiano hace referencia a que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Que serán analizados, considerando que son aquellos que se ven menoscabados con la pena impuesta en el artículo 188C de la Ley 1908 de 2018.

2.1 Principio de Razonabilidad:

El principio de razonabilidad en materia penal hace referencia a establecer penas y sanciones estén acordes a la conducta o tipo penal cometido, y en todo caso sean respetuosas de los principios constitucionales y legales que se han fijado al respecto.

Respecto del principio de razonabilidad, Sapag (2008) indica lo siguiente:

La razonabilidad actúa como un factor justificador del ordenamiento jurídico. Cuando el legislador sanciona una norma, cuando el juez dicta una sentencia, o el administrador emite un acto administrativo, se busca en todos los casos generar los medios necesarios para lograr una finalidad querida. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica aparece generalmente más de una alternativa frente a una misma finalidad. Cuando la norma sea razonable, no sólo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, sólo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa (p.162).

Es claro entonces que el legislador al momento de crear un tipo penal o aumentar la pena de los existentes debe tener una justificación para desplegar dicha acción. Es decir deben existir estudios de política criminal que hayan identificado el objetivo que pretende lograr la fijación de dicha pena.

La Corte Constitucional, ha indicado lo siguiente respecto de la razonabilidad como criterio orientador en materia penal:

No existen parámetros en la Constitución a los cuales pueda referirse el legislador o el juez constitucional para valorar si la extensión de los términos procesales es adecuada; v) Por lo anterior, el legislador tiene una amplia potestad en la materia, limitada únicamente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y por el fin que en general persiguen las formas procesales, cual es permitir la realización del derecho sustancial; vi) La función del juez constitucional a la hora de examinar las leyes que consagran términos procesales se limita a controlar los excesos, es decir a rechazar aquellas normas que desbordando notoriamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad, fijen términos exageradamente largos, que redunden en un desconocimiento de los principios de celeridad, eficacia, y seguridad jurídica, o que, por manifiestamente cortos, impidan hacer efectivos los derechos de defensa y contradicción probatoria (Corte Constitucional, C-371, 2011).

Por lo tanto, la razonabilidad en si misma hace referencia a la identificación y consecución de unos fines. En esa medida, una decisión será razonable si la alternativa elegida es la más idónea para conseguir el fin perseguido. Como lo indica Lopera (2011) en el caso del derecho penal, y concretamente en la expedición de normas en la materia el principio de razonabilidad buscar evitar que el legislador sea arbitrario y que se tomen decisiones por hechos de momento, sin que exista una verdadera razón que justifique las mismas.

Ahora bien, dicho lo anterior se procederá a analizar el principio de proporcionalidad, que si bien tiene una estrecha relación con el principio de razonabilidad no puede considerarse como idéntico.

2.2 Principio de proporcionalidad:

En el derecho penal se habla del principio de proporcionalidad cuando se hace referencia a la correspondencia entre el hecho cometido y la pena impuesta por el Estado en el ejercicio de su poder punitivo. Así entonces, como lo indica Feijoo (2007) la materialización de este principio se hace a través de la comparación entre pena y el delito, se analiza también la culpabilidad de la acción y la afectación del bien jurídico tutelado que se pudo causar.

Como lo indican Cita y González (2015):

La mayor dificultad para desarrollar el principio de proporcionalidad de las penas se encuentra, entonces, en no ceder a las presiones de distintos orígenes que buscan el crecimiento exagerado de la punición en aras de obtener algunos resultados inciertos, o a hacer un uso meramente simbólico del derecho penal, en detrimento de su regla fundamental, según la cual el derecho penal, si es derecho, tiene que garantizar la protección de las personas contra el ejercicio irrazonable del poder punitivo del Estado. (p.24).

Del mismo modo, la creación de un tipo debe responder a criterios objetivos netamente, y no a hechos momentáneos que generen reacciones en la sociedad y despliegue los medios de comunicación, es decir, el legislador debe analizar de manera profunda la necesidad de expedir una norma penal antes de hacerlo, y no guiarse por las reacciones de la sociedad ante ciertas conductas.

Respecto del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

Finalmente, la Corte ha precisado que en materia de política criminal “no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la

naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional. Así las cosas, es evidente que la política criminal y el derecho penal no se encuentran definidos en el texto constitucional, sino que corresponde al legislador desarrollarlos y, en el ejercicio de su atribución, “no puede desbordar la Constitución y está subordinado a ella porque la Carta es norma de normas (CP art. 4). (Corte Constitucional, C-108, 2017).

Como se evidencia, la Corte Constitucional colombiana pone de precedente para el legislador los principios constitucionales y aquellos de tipo convencional que se han hecho parte de esta mediante la figura del bloque de constitucionalidad al momento de expedir normas en materia penal.

Es este sentido, por ejemplo, el tipo penal de homicidio agravado descrito en el Artículo 103 y 104 del Código Penal colombiano, contempla unas penas de 208 a 450 meses de prisión, mientras que el acceso carnal abusivo con menor de 14 años en el caso que concurra una circunstancia de agravación punitiva puede alcanzar una pena de 216 a 360 meses.

Es necesario en este punto cuestionar al legislador, ya que, al momento de construir los tipos penales, se aparta por completo del principio de proporcionalidad, esto se puede evidenciar en la simple medida que el Código Penal Colombiano en la actualidad consagra penas de prisión más elevadas para las personas que acceden carnalmente a un menor de edad, o realizan actos de trata de personas con estos; que a quien comete un homicidio en los cuales la víctima es un menor de edad (Bayona, Gomez, Mejía & Ospina, 2017).

En esa medida, no tiene en cuenta el legislador el principio de proporcionalidad, ni analiza el bien jurídico tutelado de cada tipo penal al momento que decide imponer las penas de cada conducta punible, lo anterior como lo indica Vivas (2012) termina afectando de manera grave la dosimetría penal, y por lo tanto no impone penas idóneas, de acuerdo al delito cometido.

No obstante, en Colombia la realidad actual es bastante distinta, ya que el legislador actúa movido por sentimiento derivados de acciones circunstanciales sin realizar un análisis de política criminal sobre los temas que se discuten y dejando de lado la opinión de expertos en derecho penal.

2.3 Principio de necesidad:

El principio de necesidad hace referencia concretamente al criterio de mínima intervención del derecho penal, de modo que únicamente se tomen medidas en el ámbito del derecho penal cuando otras medidas no hayan resultado eficaces para lograr un resultado.

Como lo indica Cote (2007) el principio de necesidad debe ser aplicado en principio por el legislador:

En este orden de ideas, podemos afirmar que en el ordenamiento penal colombiano, por regla general, la valoración sobre la necesidad de la pena ha sido realizada previamente por el legislador, quien ha señalado unos pocos eventos en donde el juez tiene la posibilidad de reflexionar sobre este principio respecto de casos concretos, para concluir si la pena podrá cumplir o no sus fines y así conceder la consecuencia jurídica que la misma norma, la cual le permite tocar el tema de la necesidad, prevé; en todos los demás casos debe asumirse entonces, que la pena es necesaria siempre que la conducta sea típica, antijurídica y culpable (p.194).

En este contexto, es necesario establecer que el ejercicio del Ius Puniendi en materia penal no puede ser la única forma en la que el Estado resuelva las problemáticas que se presentan dentro del mismo, ya que esto no se encuentra en concordancia con las características de mínima intervención y ultima ratio del derecho penal.

Referente al principio de necesidad, la Corte Constitucional ha indicado que el derecho penal debe responder al principio de mínima intervención, determinando si existen otro tipo de mecanismos para corregir la conducta desplegada, que genera algún tipo de afectación a un bien jurídica tutelado y a la sociedad, en general. Esto quiere decir que por medio del

derecho penal solo se deben solucionar aquellos comportamientos que no han respondido a mecanismos previos de intervención (Corte Constitucional, C-365, 2012).

Sostiene esta corporación la importancia de revisar el contexto del derecho penal que se ha desarrollado en el país, para lo cual es necesario detenerse y hacer un análisis sobre los medios que ha utilizado el Estado para dar solución a una situación, antes de decidirse a intervenir a través del derecho penal. Esto teniendo en cuenta que el Estado cuenta con importantes herramientas que le permiten generar sanciones en otros ámbitos.

Ahora bien, analizados los aspectos anteriores es importante revisar concretamente el 188C de la Ley 1908 de 2018, para determinar si el legislador omitió el análisis de cada uno de los principios mencionados anteriormente en el momento de expedir esta norma.

3. Tipo penal descrito artículo 188 C Código penal colombiano adicionado por la Ley 1453 de 2011.

El Artículo 188C del Código penal colombiano adicionado mediante la expedición de la Ley 1453 de 2011 consagra el tipo penal de “Tráfico De Niñas, Niños Y Adolescentes” y describe esta conducta punible como la acción de “intervenir en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas”.

Es claro, que esta conducta punible es grave teniendo en cuenta que las víctimas son menores de edad y el Estado está en la obligación de desplegar todas las acciones tendientes a proteger los derechos de los menores de edad que se encuentran en la Constitución y en herramientas de derecho internacional como la Convención de los Derechos del niño (Benítez & Castillo, 2013).

Es necesario indicar que esta conducta punible se enmarca únicamente dentro de la categoría dolosa. No obstante, la pena que consagra esta conducta punible es exagerada si se tiene en cuenta que el individuo que incurra en este tipo de conductas incurrirá pena de prisión de treinta (30) a sesenta (60) años, a saber, la pena de prisión más alta en Colombia

es de cincuenta (50) años³, excepto en los casos de concursos de conductas punibles donde se establece que la pena máxima es de 60 años.

Teniendo en cuenta que este tipo penal consagra como pena máxima 60 años y adicionalmente indica que la pena descrita se aumentará de una tercera parte a la mitad, es decir que puede llegar a haber una imposición de pena de 90 años en el caso de que imponga la pena de 60 años, el agravante se aplica en los siguientes casos, según la Ley 1453 de 2011:

1. Cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente.
2. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.
3. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.
4. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente.

En este caso, es evidente que el legislador no tiene en cuenta los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, y aún más grave ni siquiera observa las normas que ha emitido sobre la materia con anterioridad para que la norma que va a expedir se ajuste a los preceptos del ordenamiento jurídico existente.

Así mismo, es preciso advertir que la descripción de este tipo penal, no resulta clara ya que no establece dentro de su redacción no se especifica concretamente los grados de intervención que serán sujeto de la aplicación de este artículo. Lo anterior, genera que la norma sea demasiado amplia, y no pueda imputarse sin estar vulnerando el debido proceso del sindicado.

³ ARTICULO 37. LA PRISION. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

Es claro entonces, que este tipo penal no atiende los presupuestos de tipicidad enmarcados en el artículo 10 del Código Penal Colombiano que expresa al tenor literal:

ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

Lo anterior, no es un capricho, ya que ampliamente la doctrina y la jurisprudencia han expuesto la importancia de la taxatividad de la norma penal, a fin de que no se vulneren los derechos de la persona sindicada. En este sentido, es notable abiertamente que el legislador vulnera el principio de legalidad, expuesto de la siguiente manera:

Del principio de legalidad, entendido como expresión de la seguridad jurídica, cabe derivar entonces dos exigencias técnicas como son, en primer lugar, el carácter taxativo y preciso de las normas penales, la ley debe ser “lex certa” excluyéndose de las normas, en la medida de lo posible, los elementos de carácter normativo o las cláusulas generales y, en segundo lugar, la prohibición de las leyes “ex post facto”, es decir la ley debe ser “lex praevia”, o lo que es lo mismo, el hecho ha debido ser declarado delictivo con anterioridad a su realización, si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio “favor libertatis” que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables (Lamarca, 2012, p.157).

En ese sentido, no es posible que se impongan penas que desconocen la legislación anterior en materia penal, y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia, ya que esto desconoce los derechos fundamentales de las personas que incurrir en este tipo de delitos, y adicionalmente no se encuentra ni un solo estudio científico o social que justifique la imposición de dicha medida por parte del legislador.

Así mismo, como lo indican Cita & González (2017) el legislador no tiene en cuenta estudios de política criminal, ni aborda las problemáticas presentadas desde una perspectiva integral:

En materia de criterios de proporcionalidad, el legislador colombiano no ha dado muestras de abordar la problemática, lo cual se demuestra en el hecho de que las distintas iniciativas legislativas no van acompañadas de argumentos que permitan establecer cuánta o cuál pena corresponde a cada una de las conductas intervenidas, ni con referencia a qué se hace el incremento punitivo. En este sentido, lo único que podría deducirse de las reformas penales es que el legislador actúa reactivamente ante circunstancias coyunturales y por ende basa el aumento de penas, el endurecimiento de la reacción penal y la ampliación de los tipos penales, en meros criterios retribucionistas, aun cuando la mayoría de las veces se esgrimen fines de prevención general (p.174).

En este contexto, resulta claro que el legislador no realiza ejercicios que le permitan identificar la pena que puede ser impuesta si se configura una conducta punible y sus agravantes y en razón a esta negligencia resulta expidiendo normas que claramente vulneran los principios constitucionales y legales del ordenamiento jurídico colombiano.

Conclusiones

El artículo de investigación desarrollado, permite llegar a las siguientes conclusiones respecto del tipo penal descrito en el artículo 188 C Código penal colombiano adicionado por la Ley 1453 de 2011:

La conducta punible descrita no tiene en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad en materia penal, ya que impone una pena excesiva que podría llegar hasta las 90 años, sin considerar, que en Colombia se encuentra prohibida las penas de prisión perpetua y además la pena máxima de prisión es de 60 años.

Sin embargo, el legislador para expedir esta norma, deja de lado los preceptos constitucionales y convencionales en materia penal y decide fuera del contexto de la normativa colombiana contemplar que el tráfico de menores de edad tendrá una pena

que es más gravosa que cualquiera de las conductas punibles descritas en el Código Penal Colombiano.

Esta no es la única irregularidad que presenta este tipo penal, pues observando con detenimiento se logra identificar que el mismo no cumple con los preceptos de la tipicidad mencionada en el Código Penal, ya que al no definir el grado de intervención dentro de la conducta que será castigado se deja abierto por completo el tipo penal, siendo esto una prohibición de orden constitucional y legal.

De esta manera, el tipo penal descrito resulta ser abiertamente amplio, y sin duda alguna podría generar equivocaciones en el momento de su imputación, lo que terminaría afectando al sindicado. Debe advertirse, que el legislador en este caso desconoció abiertamente los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad, y en ningún momento realizó estudios de política criminal que le permitan tener un fundamento real para la imposición de una pena de 90 años.

En este ámbito, es necesario advertir que la construcción de normas penales, no puede ser un tema que se tome a la ligera, y mucho menos que involucre sentimientos generados por circunstancias acaecidas en determinado momento, ya que siempre que concurren estas cosas, se terminara por expedir normas evidentemente arbitrarias, que en determinado momento pasaran la cuenta de cobro al Estado colombiano.

Referencias

- Agudelo, Ó. A. (2018). Los calificativos del derecho en las formas de investigación jurídica. En Ó. A. Agudelo-Giraldo, J. E. León Molina, M. A. Prieto Salas, A. Alarcón-Peña & J. C. Jiménez-Triana. La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación (pp. 17-44). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Bayona, D. M., Gomez, A., Mejía, M. M., & Ospina, V. H. (2017). Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia. *Acta Sociológica*, 72, 71-94. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0186602817300257>
- Benítez, M & Castillo, L. (2013). Delito sexual en menores de edad. *Revista al Derecho y al* Revés, 3(1). Recuperado de

<http://publicaciones.unisangil.edu.co/index.php/revista-derecho-reves/article/download/30/34>

- Cote, G. E. (2007). La necesidad de la pena-reflexiones a partir de los artículos 3° y 4° del Código Penal colombiano. *Vniversitas*, (114), 191-225. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/825/82511407.pdf>.
- Duran, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista De Derecho (Valdivia)*, XXIX, 275-295. Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v29n1/art13.pdf>
- Feijoo, B. J. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 403. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2236390>
- Gómez, A., Carvajal, J., Romero, A., Pérez, B., Beltrán, D., Sierra, P., & Romero, C. (2015). *El entramado penal, las políticas públicas y la seguridad* (1st ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/el-entramado-penal-las-politicas-publicas-y-la-seguridad/pubData/source/El-entramado-penal-las-politicas-publicas-y-la-seguridad.pdf>
- Jakobs, G. (2007). *Derecho penal y sociedad. La pena estatal: Significado y finalidad* (1st ed.). Traducción por Manuel Cancio y Bernardo Feijoo. Pamplona: España Editorial Civitas.
- Duran Migliardi, M. (2016). Justificación y legitimación político-criminal de la pena: Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. *Política criminal*, 4(8), 266-291. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000200001&script=sci_arttext&tlng=en

- Lamarca Pérez, C. (2014). Principio de legalidad penal. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 0, 156-160. Recuperado de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2167/1102>
- Lopera, G. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales: Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. Revista de derecho (Valdivia), 24(2), 113-138. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-09502011000200005&script=sci_arttext
- Mir Puig, S. (1986). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 39(1), 49-58. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46280.pdf>
- Muñoz, F. y Rodríguez, F. (2009). Fines de la pena y libertad condicional. Investigación de la Universidad de Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110990>
- Pérez, D. (2007). Las teorías sobre la pena (pena de muerte y privación de libertad). IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (19), 135-146. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222926007>
- Ramírez, B., Alanís, J., & Parra Gallego, G. (2016). Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. universitas humanística, (82), 365-391. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-48072016000200014&script=sci_abstract&tlng=en
- Ríos, J. (2014). Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena (Doctoral dissertation, Universitat de Lleida). Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Penal. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131999/Tjrral de2.pdf?sequence=6>
- Sapag, M. A. (2008): "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado". Dikaion 17(1). pp. 157 y ss. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2975899.pdf>

Velandia Montes, R. (2014). Sobre la legitimidad de la opinión pública como sustento de la política penal. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 8(1), 95-106. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatonica/index.php/Juridica/article/view/651/669

Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4th ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Vivas Barrera, T. (2012). Control al juicio de proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 6(2), 29-68. Recuperado de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatonica/index.php/Juridica/article/view/663/681

Legislación.

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1453 de 2011 de junio 24. Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial* No. 48.110 de 24 de junio de 2011.

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana. (2011). Sentencia C-371 de mayo 11. M.P Luís Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional colombiana. (2012). Sentencia C-365 de mayo 16. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional colombiana. (2017). Sentencia C-108 de febrero 23. M.P Luís Ernesto Vargas Silva.